

Expediente Núm. 301/2010
Dictamen Núm. 137/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 14 de abril de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 16 de septiembre de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del anormal funcionamiento del servicio sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 2 de diciembre de 2009, el interesado presenta en el registro auxiliar de la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Avilés, una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados del extravío de unos estudios radiográficos efectuados a su hijo menor de edad en el Hospital

Expone que “ha tenido que realizar con fecha 18 de diciembre de 2008, por segunda vez, una serie de radiografías a su hijo (...) en el Hospital” a

petición de una médica “de Barcelona a quien ha sido remitido por el Servicio de Traumatología de para poder ser diagnosticado tras los oportunos estudios de la malformación que padece en los pies”. Señala que “tales placas” resultan “imprescindibles para el diagnóstico citado” y que ya “habían sido realizadas anteriormente (...), pero por una extraña razón desaparecieron del Servicio correspondiente. Por ello se presentó la oportuna reclamación, a la que se dio por respuesta el efectivo extravío y una sencilla petición de disculpas”. Considera que la repetición de las radiaciones y “los trastornos que ha supuesto (...) el desplazamiento a Barcelona y la cantidad de trámites que se han tenido que seguir, con el correspondiente retraso en el estudio de la enfermedad”, causan un “daño” a su hijo.

No cuantifica la indemnización solicitada, lo que, según indica, hará en un “posterior escrito”.

2. Con fecha 4 de enero de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica al reclamante la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa. Igualmente, se le requiere para que en el plazo de diez días acredite “su condición de padre del perjudicado”.

Consta incorporada al expediente una copia del Libro de Familia acreditativa de tal extremo, remitida por fax el día 18 de enero de 2010.

3. Mediante oficio de 21 de diciembre de 2009, el Secretario General del Hospital remite al Servicio instructor una copia de la “historia clínica” del menor.

Con fecha 12 de enero de 2010, el Secretario General del referido hospital traslada al Servicio instructor el informe emitido por el Servicio de Atención al Usuario el día 11 de enero de 2010. En él se refiere que el reclamante solicitó las radiografías con fecha 2 de diciembre de 2008,

respondiéndole el día 18 del mismo mes que, “tras una búsqueda exhaustiva (...), no pudieron ser localizadas”. El 16 de febrero de 2009 “se recibe otra reclamación presentada ante la Procuradora General por el mismo motivo”, realizándose “nuevamente (...) otra búsqueda sin resultado positivo”.

Se adjunta una copia de “las respuestas enviadas ante dichas reclamaciones” y un informe del responsable de Archivos y Documentación Clínica del centro hospitalario, en el que se precisan las gestiones internas realizadas para localizar los documentos.

4. Mediante escrito notificado al interesado el 15 de marzo de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios “ante la imposibilidad de instruir el correspondiente procedimiento, dada la inconcreción de su solicitud respecto a los daños y perjuicios ocasionados”, le requiere para que proceda, “de acuerdo con el artículo 6.1 del R.D. 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial”, a especificar “las lesiones producidas, la presunta relación entre estas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo”, concediéndole un plazo de diez días al efecto, con indicación de que, en caso de no recibir respuesta dentro del mismo, “se le tendrá por desistido de su petición”.

5. Con fecha 25 de marzo de 2010, el interesado presenta en una oficina de correos un escrito en el que señala que “el momento de producción del daño es aquel en que por tener que repetir las placas extraviadas se somete a mi hijo (...) a una nueva radiación. Ello, conectado al funcionamiento del servicio público por ser en él donde se extraviaron./ Desde esa óptica se concreta la relación causa efecto. Se extravían y se deben repetir./ En cuanto a las lesiones padecidas por este anormal funcionamiento”, continúa, “he solicitado al médico que en (un) primer momento manifestó el efecto negativo de radiar de nuevo a

un niño tan pequeño un informe que constate este extremo". Finaliza evaluando el daño sufrido, "a tenor de la jurisprudencia existente en esta materia", en dieciocho mil euros (18.000 €).

6. El día 22 de abril de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios solicita a la Unidad de Gestión y Coordinación Asistencial del Servicio de Salud del Principado de Asturias (Sespa) que confirma si la derivación del paciente para asistencia hospitalaria en Barcelona fue realizada por el servicio público sanitario.

Con esa misma fecha, solicita a la Gerencia del hospital que concrete los "estudios radiográficos" que se extraviaron y las radiografías que "se repitieron en la fecha señalada".

7. El día 3 de mayo de 2010, la Coordinadora de Gestión Asistencial comunica al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios que desde dicha Unidad "no se ha tramitado ninguna propuesta de canalización a centro de otra C. A." del menor perjudicado.

8. Con fecha 5 de mayo de 2010, el Jefe del Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital remite al órgano instructor el informe emitido por la Sección de Genética Pediátrica en relación con el extravío de los estudios radiográficos.

En él, el Jefe de la Sección hace constar que el menor fue visto por primera vez en la consulta, a los 4 meses de edad, el día 23 de abril de 2008, solicitándose "radiografías de esqueleto (previamente tenía una TAC solicitada por la Unidad de Hipoacusia Infantil)" que "fueron vistas por el radiólogo en mi presencia, comentadas con él e informadas por el Servicio de Radiología en fecha 12, 19 y 20 de junio de 2008 (a la familia le mandé mi primera valoración por escrito el 17 de junio de 2008 y el niño fue visto de nuevo dos días después). Un informe exhaustivo" se remitió el 10 de octubre de 2008, "siendo

programada una revisión para junio de 2009, que se adelantó al 15 de abril de 2009”, demandándose un “nuevo estudio radiológico para apreciar la evolución de las imágenes, no dando permiso el padre para realizarlas”. Posteriormente, se envían “a la familia los resultados de otros estudios pendientes”.

Concluye afirmando que desconoce “el hecho de que se extraviaran las radiografías y que se le repitieran el 18 de diciembre tal como dice el padre”.

9. El día 31 de mayo de 2010, la Subinspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él afirma que “no existen dudas sobre la desaparición del estudio radiográfico; sin embargo, no ha sido probado que este hecho diera lugar a los daños alegados./ En primer lugar (...), no consta la realización de ninguna radiografía a este paciente” en el hospital en las fechas indicadas por el reclamante (18 de diciembre de 2008). Desconocemos “si hubo que repetir alguna radiografía, dónde se realizaron y quién las solicitó”, pues aquel no facilita ningún dato o prueba al respecto, lo que impide, por otra parte, “establecer la dosis de radiación a la que se expuso al paciente. En todo caso, cabe recordar que, con independencia de que la dosis de radiación de las radiografías simples es mucho menor que la proporcionada por otros estudios, estamos hablando de un hipotético daño futuro cuya manifestación efectiva no se puede predecir”. Añade que, “en lo relativo al desplazamiento a Barcelona, los trámites y el supuesto retraso en el estudio de la enfermedad, consideramos que no se ha probado la existencia de ningún daño. El resultado de las pruebas efectuadas al paciente fue comunicado a la familia mediante informe de fecha 10 de octubre de 2008, en el que se le indicaba que a la vista de las pruebas efectuadas convenía ver la evolución del niño, se le pautó una revisión para junio de 2009, que se adelantó a abril” de ese año, “negándose el reclamante a la realización de nuevos estudios por haber acudido a una traumatóloga en Barcelona”; asistencia que “no fue gestionada desde el Servicio de Salud del Principado de Asturias, por lo que los desplazamientos y los trámites que se hayan podido

originar no son responsabilidad del mismo". Concluye proponiendo la desestimación de la reclamación por falta de acreditación de los daños alegados.

10. Mediante escritos de 7 de junio de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Sespa y del expediente completo a la correduría de seguros.

11. El día 19 de julio de 2010, se comunica al reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta "una copia de los documentos que forman parte del procedimiento". No consta en el expediente que se hayan presentado.

12. Con fecha 7 de septiembre de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en la que, asumiendo el contenido del informe técnico de evaluación, propone desestimar la reclamación.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 16 de septiembre de 2010, registrado de entrada el día 23 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está el menor perjudicado activamente legitimado para reclamar, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que motivaron la reclamación. Habiendo sufrido el daño una persona menor de edad, está facultado para actuar en su representación el reclamante, padre de aquel (a tenor de la fotocopia de las hojas del Libro de Familia que obra en el expediente), según lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 2 de diciembre de 2009, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen –la comunicación de extravío de los estudios- el día 18 de diciembre de

2008, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- El reclamante interesa una indemnización por los daños padecidos por su hijo a consecuencia del extravío de unos estudios radiográficos en un hospital público. Concreta los perjuicios que dice haber sufrido en la necesidad de repetir las radiaciones, dado “el efecto negativo” que ello puede producir en “un niño tan pequeño”, y en “los trastornos que ha supuesto” el desplazamiento del niño a otra ciudad para ser tratado “y la cantidad de trámites que se han tenido que seguir, con el correspondiente retraso en el estudio de la enfermedad”.

Sin embargo, no acredita ninguno de los daños invocados con origen en el hecho -reconocido por la propia Administración-, de que las radiografías, realizadas en un momento comprendido entre los meses de mayo y junio de 2008, no hayan podido ser localizadas. Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En el presente supuesto, dada la ausencia de esfuerzo probatorio alguno por parte del reclamante en relación con el primero de los requisitos que hemos indicado como presupuesto de la existencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas -la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico-, este Consejo ha de formar el juicio respecto a su concurrencia sobre la base de la documentación que obra en el expediente y de los informes técnicos incorporados por la Administración, que no han sido discutidos por el interesado, que ni siquiera ha formulado alegaciones respecto al contenido de los mismos en el trámite de audiencia.

En primer lugar, manifiesta en su escrito inicial “que ha tenido que realizar con fecha 18 de diciembre de 2008, por segunda vez, una serie de radiografías a su hijo en el hospital”. Frente a tal aseveración, lo cierto es que entre la documentación integrante de la historia clínica remitida por el centro no existe constancia alguna de la repetición de dichas pruebas. En cambio, se refleja en ella, como recoge el informe del Jefe de la Sección de Genética

Pediátrica de 3 de mayo de 2010, que en el mes de abril de 2009 “se solicitó (un) nuevo estudio radiológico para apreciar la evolución (...), no dando permiso el padre” para realizar las radiografías, señalándose finalmente desconocer “que se le repitieran el 18 de diciembre, tal como dice el padre”. Al respecto, ha de hacerse notar que es en esa misma fecha -18 de diciembre de 2008- cuando la Gerencia del hospital le comunica que “no pudieron ser localizadas”, por lo que, al margen de la aludida falta de constancia documental de su práctica, resulta difícilmente admisible que en el mismo día que se constata el extravío se realicen unas nuevas radiografías que, por otro lado, no responden a ninguna urgencia vital.

A su vez, nada se documenta -pese a anunciarse en el escrito en el que se cuantifica la indemnización solicitada que se presentará informe médico “que constate este extremo”- en relación con daño o “efecto negativo de radiar de nuevo a un niño tan pequeño”. Con independencia de que la falta de repetición de las radiografías impide que pueda existir un perjuicio de este tipo, debe tenerse en cuenta, tal y como se razona en el informe técnico de evaluación, que, al margen de que “la dosis de radiación de las radiografías simples es mucho menor que la proporcionada por otros estudios”, la ausencia de información acerca de las segundas pruebas implica también desconocer “la dosis (...) a la que se expuso al paciente”, lo que imposibilitaría, en su caso, determinar el daño producido.

En segundo lugar, tampoco aporta documento alguno en relación con los daños originados por los “desplazamientos” y “trámites” que, según su versión, ha debido llevar a cabo; aun menos, que la pérdida de las radiografías haya supuesto un “retraso en el estudio de la enfermedad”. Al respecto, las manifestaciones del reclamante resultan nuevamente contradictorias con las del Sespa, que sostiene que desde el servicio público sanitario asturiano no se derivó al paciente a ningún centro de otra Comunidad Autónoma. En todo caso, se desprende del expediente que, aun siendo cierto que el hijo del interesado recibe, o ha recibido, tratamiento en Barcelona, también ha continuado

tratándolo el Sespa, acudiendo a revisión clínica al Hospital en el mes de abril de 2009.

A la vista de lo anterior, debemos concluir que no cabe apreciar la existencia de daño alguno derivado del funcionamiento del servicio público sanitario.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.